

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Note sous C.S.J. Luxembourg 5 février 2003. Comment sanctionner la perte de données lors de la fourniture d'un logiciel standard ?

Jacquemin, Hervé

Published in:

Le Droit des Affaires = Ondernemingsrecht

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2004, 'Note sous C.S.J. Luxembourg 5 février 2003. Comment sanctionner la perte de données lors de la fourniture d'un logiciel standard ?', *Le Droit des Affaires = Ondernemingsrecht*, Numéro 67, p. 52-62.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Note

Comment sanctionner la perte de données lors de la fourniture d'un logiciel standard?

Introduction

1. L'affaire soumise à la Cour d'appel de Luxembourg oppose un fournisseur informatique et son sous-traitant aux médecins-dentistes d'un cabinet médical. Depuis 1997, celui-ci est équipé d'un logiciel standard (ou progiciel), fourni par l'entreprise H. et destiné au traitement informatisé de la gestion du cabinet (le logiciel Gestomed). En 1999, la version Windows de ce programme est commandée au même prestataire. Il est chargé de la fournir au cabinet, de l'installer et d'intégrer dans la nouvelle version du programme les fichiers créés antérieurement. Au cours de cette opération,

effectuée par un sous-traitant du fournisseur, des données sont irrémédiablement perdues.

En première instance, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la vente résolue en application des articles 1644 et suivants du Code civil (garantie des vices cachés) et condamné le fournisseur et son sous-traitant (ce dernier sur la base de l'article 1382 du Code civil) au paiement de dommages et intérêts. En appel, par contre, la Cour estime que la garantie des vices cachés n'est pas d'application en l'espèce, mais confirme le montant des dommages et intérêts en se fondant sur l'inexécution partielle de l'obligation de délivrance.

2. L'arrêt annoté est intéressant en ce qu'il fait application d'un certain nombre de principes en matière de contrat de fournitures informatiques. Deux questions majeures retiennent notre attention : (I) la qualification de l'opération tripartite, d'une part, (II) la manière de sanctionner l'effacement des données au regard du droit de la vente, d'autre part.

I. Qualification des relations entre le cabinet médical, le fournisseur et le sous-traitant

3. Dans ce litige, trois parties interviennent : le cabinet médical, le fournisseur (l'entreprise H.) et le sous-traitant (l'informaticien K.). Dans un premier temps, il est intéressant de qualifier juridiquement la convention unissant le cabinet médical et le fournisseur et portant sur la livraison, l'installation d'un logiciel ainsi que la récupération des données (A). Ensuite, on se demande dans quelle mesure le cabinet médical peut agir contre le sous-traitant du fournisseur qui a effectué cette opération d'installation et de récupération des données (B).

A. Convention entre le cabinet médical et le fournisseur

4. La convention entre le cabinet médical et l'entreprise H. a pour objet la fourniture de la

version Windows d'un logiciel standard (ou progiciel), son installation et l'intégration, dans la nouvelle version du logiciel, des fichiers créés depuis 1997. Aux termes de l'arrêt, il apparaît que les parties ont qualifié ce contrat de fourniture de logiciel de vente. La Cour d'appel précise néanmoins que «contrairement aux droits acquis par l'acquéreur sur la chose vendue dans le contrat de vente classique, les droits d'exploitation du logiciel concédés aux acquéreurs sont en principe limités à un droit d'usage personnel dans le domaine de l'informatique». La qualification des contrats de fournitures informatiques continue à diviser la doctrine, spécialement en matière de logiciels standard ⁽¹⁾. Cette opération de mise à disposition d'un bien incorporel préconstitué, sans transfert de propriété et pour une durée souvent illimitée, est, selon les circonstances, qualifiée de vente, de louage de chose ou encore de louage d'ouvrage. Aucune de ces qualifications n'est véritablement satisfaisante et il semble plus correct de parler de contrat *sui generis* ou de contrat d'usage.

5. L'intérêt d'adopter une qualification plutôt qu'une autre tient aux règles légales applicables à l'opération (ou à l'acte) ainsi désigné(e) et auxquelles les parties entendent se soumettre. En l'occurrence, les parties ont qualifié l'opération de vente pour invoquer, selon le cas, les règles relatives à l'obligation de délivrance ou à la garantie des vices cachés. Cela étant, comme le rappelle la Cour ⁽²⁾, «les obligations des parties (obligation de délivrance, de garantie des vices, de conseil et d'information du côté du fournisseur, et obligation de collaborer et de payer le prix convenu du côté de l'utilisateur) sont essentiellement les mêmes que le contrat soit qualifié de vente, de bail (acquisition d'une licence) ou encore de contrat de vente complétée par un contrat d'entreprise».

6. Alors même que les prestations requises du fournisseur sont diverses, une seule qualification est retenue : celle de la vente. Comme on le verra par la suite (*infra*, n° 15), la délivrance des logiciels – ou, de manière plus générale, de matériel informatique – est une opération complexe qui ne se limite pas à la li-

(1) Pour un exposé critique des différentes thèses en présence, voy. E. MONTERO, «Les contrats, de l'informatique aux réseaux numériques», *Rép. not.*, t. IX, I, IX, à paraître, n°s 29 et s. et les nombreuses références citées; M. VIVANT, C. LE STANC, L. RAPP, M. GUIBAL et J.-L. BILON, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2003, pp. 547 et s., n°s 849 et s. (ci-après, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003); A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'internet*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 488 et s., n°s 739 et s.

(2) Des divergences existent néanmoins entre les différents régimes évoqués par la Cour d'appel.

vraison pure et simple. On admet en effet que l'installation du logiciel et toutes les prestations nécessaires pour rendre le système opérationnel font partie intégrante de l'opération de délivrance. On pourrait estimer que la récupération des fichiers participe également de cette opération globale. Si tel n'est pas le cas, il s'agit à tout le moins d'une prestation accessoire, accompagnant une opération principale (la fourniture du logiciel⁽³⁾). Dans ce cas, une seule qualification est retenue, en fonction d'un critère psychologique (l'origine ou l'initiative de la conception) ou sur la base de la spécificité de la chose à fabriquer conformément aux besoins particuliers du client⁽⁴⁾. En revanche, si les prestations avaient été complémentaires, on aurait pu parler de «contrat mixte⁽⁵⁾» et attribuer à chaque prestation une qualification propre. Chaque opération aurait ainsi été soumise aux règles spécifiques qui la gouvernent : le régime de la vente pour la livraison et l'installation du bien et celui du contrat d'entreprise pour la récupération des fichiers.

7. S'agissant en l'occurrence de la fourniture d'une nouvelle version d'un logiciel (ou *release*), il convient d'ajouter que cette opération est fréquemment accomplie au titre de la maintenance⁽⁶⁾. Plus précisément, on peut parler, dans l'hypothèse qui nous occupe, de *maintenance adaptation technique* dès lors que l'objectif est d'adapter le logiciel aux modifications apportées à la configuration informatique, indépendamment de la volonté de l'entreprise⁽⁷⁾. En l'espèce, il échet de modifier le

programme d'application (Gestomed) pour le rendre compatible avec l'évolution du système d'exploitation (de DOS à Windows).

B. Relation entre le cabinet médical, le fournisseur et le sous-traitant

8. S'il semble évident que le cabinet médical peut exercer un recours contractuel contre le fournisseur informatique compte tenu de la convention qui les unit, il n'en va pas de même vis-à-vis du sous-traitant qui a installé le logiciel et a procédé à la récupération partielle des fichiers. Consciente de ce phénomène, la Cour d'appel – qui confirme sur ce point la position du tribunal d'arrondissement – recherche la responsabilité de l'informaticien sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Elle estime qu'en ne vérifiant pas l'existence d'une copie de sauvegarde, tout en sachant que l'opération pouvait entraîner l'effacement de certaines données, il a commis «une faute qui est la cause immédiate et directe du préjudice subi [...]. En sa qualité de professionnel, il devait s'assurer personnellement de l'existence d'une copie de sauvegarde complète et mise à jour sans se fier aux affirmations des utilisateurs qui ne disposent pas de qualification particulière en la matière».

9. Concrètement, on est en présence de deux contrats distincts juridiquement : un contrat de vente entre le fournisseur et le cabinet médical et un contrat de sous-traitance entre le fournisseur et l'informaticien K.

En vertu du principe de la relativité des conventions (art. 1165, C. civ.), les deux contrats sont clairement indépendants : le client

(3) En matière de vente, l'article 1615 du Code civil prévoit que «l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel». Ces accessoires peuvent être matériels ou juridiques.

(4) M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 27 et s., nos 11 et s. Sur la distinction entre contrat de vente et contrat d'entreprise et ses implications compte tenu de l'intervention d'un sous-traitant, voy. S. POURVOYEUR, «Relation juridique de base de la sous-traitance. Différence avec d'autres relations contractuelles», *Bull. ass.*, 1997-1998, Dossier n° 4, pp. 26-28.

(5) E. MONTERO, «Les contrats, de l'informatique aux réseaux numériques», *op. cit.*, n° 28; M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 30-31, n° 14; D. PHILIPPE, «Les clauses relatives à la garantie des vices cachés», *R.G.D.C.*, 1993, p. 184.

(6) Pour un exemple de perte de données à l'occasion d'une opération de maintenance, voy. Paris, 17 février 1989, *D.I.T.*, 1990/2, p. 51, note P. GAUDRAT.

(7) Sur ce point, voy. G. DEWULF, M. SCHAUSSE et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel – Aspects juridiques et techniques*, Cahier du CRID, n° 3, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 10 et s. et pp. 63 et s.; E. MONTERO, «Les contrats, de l'informatique aux réseaux numériques», *op. cit.*, p. 66. Sur la maintenance en général, voy. aussi C. STEYAERT, «Droit des obligations – Contrats», *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 33-35, n° 22; A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *op. cit.*, pp. 534 et s., nos 796 et s.; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, pp. 742-743, nos 1258-1259.

ne peut en principe intenter une action contractuelle contre le sous-traitant et le fournisseur ne peut se prévaloir de l'intervention du sous-traitant pour tenter d'échapper à sa responsabilité contractuelle. Il est en effet contractuellement responsable, vis-à-vis du client, des personnes qu'il se substitue dans l'exécution de ses obligations⁽⁸⁾.

10. Reste à savoir si la responsabilité quasi délictuelle du sous-traitant peut être engagée⁽⁹⁾. À cet égard, rien n'est moins sûr. En Belgique, depuis le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973⁽¹⁰⁾, la responsabilité quasi délictuelle du préposé ou de l'agent d'exécution ne peut être invoquée que moyennant le respect de deux conditions cumulatives : la faute qui lui est imputée ne constitue pas la violation d'une obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous et cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. L'appréciation de ces conditions dépend des circonstances de fait. En l'espèce, on peut se demander si le sous-traitant a manqué à son obligation générale de prudence en ne réalisant pas une copie de sauvegarde alors qu'il devait savoir que les données risquaient d'être perdues. De même, l'effacement

des données constitue-t-il un dommage distinct de celui résultant de la mauvaise exécution du contrat? Une réponse affirmative ne paraît pas si évidente.

11. On le voit, la situation n'est pas satisfaisante. On peut en effet aboutir à des solutions heurtant l'équité dans la mesure où le sous-traitant jouit d'une véritable immunité : il ne peut être attiré ni sur une base contractuelle ni sur une base délictuelle⁽¹¹⁾. En dépit des problèmes pratiques que cela pourrait occasionner, il faut souhaiter l'instauration d'un régime spécifique en matière de sous-traitance⁽¹²⁾. Comme le relève G. Viney, «il faudra [...] un jour reconnaître qu'entre contrat principal et sous-contrat existe un lien spécifique qui interdit de traiter le créancier et le débiteur substitué comme des tiers pour l'application du principe de la relativité de l'obligation contractuelle»⁽¹³⁾. Cela étant, la Cour de cassation a préféré n'autoriser l'action délictuelle que si les conditions du cumul sont remplies⁽¹⁴⁾.

Pour l'heure, les plaideurs et la doctrine ont imaginé divers mécanismes pour contourner la difficulté, en proposant, par exemple, une transmission des actions en responsabilité

- (8) M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 240-241, n° 297; L. SIMONT, J. DE GRAVE et P.A. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1999, p. 823; B. LOUVEAUX, obs. sous Comm. Bruxelles, 3 juin 1996, *Entr. et dr.*, 1998, pp. 178-179; P. WERY, «Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne», *Droit de la responsabilité*, Liège, Formation permanente CUP, 1996, pp. 37 et s.
- (9) Sur l'option (ou cumul ou concours) entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, voy. M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 278 et s., n°s 338 et s.; P. WERY, «Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne», *op. cit.*, pp. 25 et s.; J.-P. VERGAUWE, *op. cit.*, pp. 207-209; E. MONTERO, «La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage», *R.G.A.R.*, 1989, n° 11445, n°s 16 et s. En France, la maître de l'ouvrage peut agir contre le sous-traitant pour obtenir la réparation de ses fautes au titre de la responsabilité délictuelle (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, p. 694, n° 1150).
- (10) Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15, note R.O. DALCQ et F. GLANSBORFF, *Entr. et dr.*, 1975, p. 181, obs. A. MEINERTZHAGEN, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, note J.-L. FAGNART. Voy. aussi Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 341, note M. VAN QUICKENBORNE.
- (11) M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 281-282 et les réf. citées; P. WERY, «Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne», *op. cit.*, pp. 25-36; X. DIEUX, «Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources!», *Les obligations en droit français et en droit belge – Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 129 et pp. 134 et s.; R.O. DALCQ, «Restrictions à l'immunité de responsabilités de l'agent d'exécution», note sous Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 503 et s.
- (12) B. LOUVEAUX, «L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant», *J.L.M.B.*, 1995, p. 299. Dans ce cadre, on pourrait songer à la mise en place, dans un texte législatif, d'une action directe du client maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.
- (13) G. VINEY, «Sous-contrat et responsabilité civile», *Mélanges R.-O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 631.
- (14) L'action contractuelle fondée sur les groupes de contrats a ainsi été écartée (B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité civile», in P. WERY [sous la coord. de], *La théorie générale des obligations*, Liège, Formation permanente CUP, 1998, pp. 154-155, n° 67). En France, cette solution a eu un temps les faveurs de la Cour de cassation (Cass. fr., 21 juin 1998, *D.*, 1989, *Jurisp.*, p. 5, note C. LARROUMET), mais un arrêt rendu en assemblée plénière a renversé cette tendance (Cass. fr., 12 juillet 1991, *D.*, 1991, *Jurisp.*, p. 519, note J. GHESLIN).

contractuelle du fournisseur à l'acheteur, fondée sur les articles 1122 et 1615 du Code civil, en tant qu'accessoires de la chose vendue⁽¹⁵⁾, ou en invoquant d'autres bases légales (stipulation pour autrui, l'existence d'un principe général du droit reconnaissant au client «le droit de rechercher directement sur le plan contractuel la responsabilité de l'agent d'exécution de son débiteur»)⁽¹⁶⁾.

12. Il faut encore signaler que si le fournisseur est condamné à réparation en raison d'une faute de l'agent qu'il s'est substitué (le sous-traitant), il dispose d'un recours à son encontre, conformément au contrat qui le liait à ce dernier⁽¹⁷⁾.

II. L'effacement des données relève-t-il d'un manquement lors de la délivrance ou d'un vice du logiciel?

13. Dès lors que les parties ont qualifié la convention de vente, nous nous attacherons plus précisément à préciser leurs obligations dans ce cadre. Conformément à l'article 1603 du Code civil, le vendeur «a deux obligations

principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend». Après avoir brièvement explicité les deux régimes – celui de la délivrance et celui de la garantie des vices cachés – et leur articulation (A), nous nous demanderons si la Cour d'appel de Luxembourg a correctement appliqués les règles en se fondant sur un manquement à l'obligation de délivrance et en rejetant la garantie des vices cachés (B).

A. Obligation de délivrance et garantie des vices cachés

1. Obligation de délivrance

14. L'article 1604 définit la délivrance comme «le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur». Plus précisément, le vendeur est tenu de mettre à disposition de l'acheteur, suivant les modalités prévues, aux temps et lieu convenus, une chose conforme à la chose vendue⁽¹⁸⁾.

15. L'obligation de livraison doit s'entendre assez largement en matière informatique et comprend également l'installation et la mise en route du système⁽¹⁹⁾. Dès lors que la

⁽¹⁵⁾ En ce sens, L. SIMONT, J. DE GRAVE et P.A. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1995, p. 208; J.-P. VERGAUWE, «Action directe dans le droit de la construction», *Entr. et dr.*, 1998, p. 231; comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 4, vol. 1, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 195, n° 118; voy. également Bruxelles, 26 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1992, p. 364; Bruxelles, 23 septembre 1998, *Entr. et dr.*, 2000, p. 338. Une action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant sur base de la garantie des vices cachés est ainsi admise (B. LOUVEAUX, «L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant», *J.L.M.B.*, 1995, p. 301; Y. MERCHERS, *La vente. Chronique de jurisprudence (1988-1995)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 13, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 38, n° 59). Pour une appréciation critique, voy. E. MONTERO, «La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage», *op. cit.*, n° 26.

⁽¹⁶⁾ Pour une synthèse récente de ces différentes bases légales et l'appréciation de la doctrine à leur égard, voy. M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 282 et s. Voy. aussi E. MONTERO, «La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage», n°s 26 et s.; F. GLANSORFF, «Réflexions complémentaires au sujet de l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats», *R.G.A.R.*, 1990, n° 11596; A. DELVAUX, «De l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur (état de la jurisprudence)», obs. sous Liège, 26 février 1993, *Entr. et dr.*, 1995, pp. 204 et s.; G. HERBOTS, «De onzichtbare man. Over de vraag of de bouwheer de ondernemer kan aanspreken», *Bull. ass.*, 1997-1998, Dossier n° 4, pp. 49 et s.; B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité civile», in P. WERY (sous la coord. de), *La théorie générale des obligations*, Liège, Formation permanente CUP, 1998, pp. 153-155, n° 65.

⁽¹⁷⁾ P. VAN OMMESELAGHE, «L'exécution des contrats de service par autrui», in F. GLANSORFF et P.-A. FORIERS (sous la dir. de), *Les contrats de service*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 238-239; B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité civile», *op. cit.*, p. 153, n° 65.

⁽¹⁸⁾ Sur l'obligation de délivrance en matière de vente, voy. not. P.-A. FORIERS, «Conformité et garantie dans la vente», in B. TILLEMANS et P.A. FORIERS, *La vente*, Bruges, La Charte, 2002, p. 21, n° 4; Y. MERCHERS, «La vente», *Les contrats spéciaux (chronique de jurisprudence 1996-2000)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 34, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 26 et s.; H. DE PAGE, *op. cit.*, 1997, pp. 187 et s., n°s 117 et s.; X. THUNIS et E. MONTERO, «La vente», *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 32, Diegem, Kluwer, 1995, pp. 22 et s., n°s 330 et s.

⁽¹⁹⁾ Cette prestation est définie par X. THUNIS («L'environnement physique – La livraison et l'installation», *Le droit des «contrats informatiques» : Principes – Applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1983, pp. 237-238) comme «l'opération qui fait suite à la mise à disposition du matériel et par laquelle le fournisseur prend toutes les mesures adéquates (câblage, raccordement électrique, etc.) pour rendre la configuration opérationnelle». Sur l'étendue de l'obligation de délivrance en matière informatique, voy. D. GOBERT et

livraison doit permettre le contrôle de conformité, elle n'est considérée comme accomplie que lorsque tous les éléments nécessaires au fonctionnement du système sont mis à la disposition de l'acheteur.

Dans l'affaire soumise à la Cour d'appel, on peut estimer que l'installation du logiciel, de même que l'intégration des anciens fichiers, participaient de l'obligation de délivrance, au même titre que la livraison, fût-ce au titre d'accessoire (sur ce point, voy. *supra*, n° 6).

16. La chose livrée – entendue au sens large – doit également être conforme à ce qui avait été convenu dans le contrat. La jurisprudence a d'ailleurs consacré dans ce cadre une obligation de conformité fonctionnelle (atteindre les objectifs fixés par le client et définis dans le contrat), en plus d'une obligation de conformité technique⁽²⁰⁾. Pour apprécier cette conformité, une série de tests sera généralement nécessaire.

17. L'obligation de délivrance du vendeur prend fin lors de l'agrément⁽²¹⁾, moment charnière de l'opération de délivrance. Elle est définie comme la «reconnaissance expresse ou tacite de ce que la chose livrée est conforme aux spécifications contractuelles et exempte de vices apparents, ou, à tout le moins, la renonciation par l'acheteur à se pré-

valoir de défauts de conformité ou de pareils vices apparents»⁽²²⁾. Dans l'affaire commentée, il est probable que le cabinet médical se soit abstenu de payer le prix convenu pour éviter que ce geste ne soit interprété comme une agrément tacite. S'il est vrai que l'agrément tacite doit être certain, en matière de vente, on la déduit bien souvent de l'absence de protestation, à tout le moins à bref délai⁽²³⁾. En cas de paiement du prix sans émission de réserve, on aurait pu considérer qu'il renonçait à tout recours du chef de défaut apparent de conformité⁽²⁴⁾.

À ce moment, soit l'acheteur agréé la chose livrée et l'obligation de délivrance est considérée comme exécutée, soit il considère que la chose est affectée d'un vice apparent et, dans ce cas, diverses options s'offrent à lui. Il peut soulever l'*exceptio non adimpleti contractus* et refuser de payer le prix, ou postuler la condamnation du vendeur à s'exécuter, en nature ou par équivalent, ou la résolution judiciaire (accompagnée, le cas échéant, de dommages et intérêts).

18. L'obligation de délivrance est traditionnellement qualifiée d'obligation de résultat⁽²⁵⁾. Le client n'a en principe accepté aucun aléa dans l'exécution de l'obligation. On pourrait contester cette qualification dans la mesure où, en l'occurrence, l'obligation de délivrance est relativement complexe⁽²⁶⁾. La Cour d'appel justifie toutefois

E. MONTERO, «Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles», *Ubiquité*, 2002, pp. 10-11. En France, A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *op. cit.*, pp. 502-503, n° 757; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, pp. 650 et s., n°s 1063 et s. et, spécifiquement en matière de logiciel, p. 748, n° 1272. Pour un exemple, voy. Liège, 11 février 1993, *J.T.*, 1993, p. 556, *D.I.T.*, 1993/4, p. 54, obs. E. MONTERO et la jurisprudence citée dans les différentes chroniques : J.-P. BUYLE, L. LANOYE, et A. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence : L'informatique (1976-1986)», *J.T.*, 1988, p. 98, n°16; J.-P. BUYLE, L. LANOYE, Y. POULLET et V. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence : L'informatique (1987-1994)», *J.T.*, 1996, p. 209, n° 18; C. STEYAERT, «Droit des obligations – Contrats», *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 26-27, n° 14.

(20) E. MONTERO, «Les contrats, de l'informatique aux réseaux numériques», *op. cit.*, n° 37; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 11-12.

(21) On parle plutôt de réception en matière de contrat d'entreprise.

(22) P.-A. FORIERS, «Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence 1970-1984 (3^e partie)», *R.D.C.*, 1987, p. 36, n° 55; X. THUNIS et E. MONTERO, «La vente», *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 32, Diegem, Kluwer, 1995, p. 25, n° 430.

(23) P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 22-23, n° 6; H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 209 et s., n° 212.

(24) D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 11.

(25) X. THUNIS et E. MONTERO, «La vente», *op. cit.*, p. 22, n° 330; B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité civile», *op. cit.*, p. 114, n° 23. En matière de fournitures informatiques, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 12; C. STEYAERT, «Droit des obligations – Contrats», *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 25, n° 13. En France, où il semble que l'obligation soit plutôt de moyens, voy. A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *op. cit.*, p. 503, n° 758.

(26) Il faut en effet éviter, en recourant à une classification trop absolue, d'empêcher l'utilisateur d'invoquer «les autres obligations auxquelles le fournisseur est tenu, à savoir non seulement l'obligation de fournir un système conforme à la convention des parties, mais également l'obligation de collaborer de bonne foi à l'installation et à

son appréciation en affirmant que le fournisseur est «un professionnel, [...] censé connaître les caractéristiques du logiciel à installer, maîtriser les opérations techniques de l'installation et procéder en temps utile à la sauvegarde des données pour pouvoir reconstituer l'ancienne configuration en cas d'échec de l'installation. Même à supposer que l'installation faite dans des conditions normales était soumise à un quelconque aléa, celui-ci devait être prévu et maîtrisé».

Concrètement, lorsque l'obligation est de résultat, le fardeau de la preuve est allégé en faveur du client. Il lui suffit d'établir que le résultat escompté n'a pas été atteint (délivrance non conforme ou absence de délivrance, par exemple); en l'occurrence, la récupération des anciens fichiers a partiellement échoué ⁽²⁷⁾. Le fournisseur est néanmoins admis à renverser cette présomption de faute en démontrant l'existence d'une cause étrangère libératoire (faute de la victime, force majeure, fait du prince, etc.). Cette position est assurément favorable au client, spécialement en matière informatique où cette preuve contraire peut parfois être délicate à apporter.

2. Garantie des vices cachés

19. En matière de vente, la garantie légale est prévue aux articles 1641 et suivants du Code civil. Diverses conditions sont requises : le chose doit être affectée d'un vice,

qui doit être grave, caché, inconnu de l'acheteur et antérieur à la vente ⁽²⁸⁾. En matière de logiciel, il a été admis que pouvait constituer un vice, la lenteur d'exécution du programme, la présence d'un virus, voire encore la perte ou la détérioration des données à l'occasion de l'utilisation du programme ⁽²⁹⁾.

La jurisprudence estime qu'il y a vice, non seulement en cas de défaut structurel de la chose (vice intrinsèque), mais également lorsqu'elle ne répond pas à l'usage particulier auquel l'acheteur la destine, et qui est connu du vendeur, conformément aux dispositions contractuelles (conception fonctionnelle du vice) ⁽³⁰⁾. En pratique, la notion de vice fonctionnel fait l'objet de controverses, notamment lorsqu'il s'agit d'articuler la garantie des vices cachés avec l'obligation de délivrance conforme (sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 21 et s.).

20. S'il apporte la preuve de ces différents éléments, l'acheteur dispose d'un droit d'option ⁽³¹⁾ : conformément à l'article 1644 du Code civil, il peut intenter l'action rédhibitoire – restitution de la chose et remboursement du prix et des frais de la vente – ou l'action estimatoire – conservation de la chose, mais remboursement d'une partie du prix. Si le vendeur est de mauvaise foi et connaissait les vices de la chose, l'acheteur peut réclamer,

la mise en route de ce système conforme» (J.-P. BUYLE, L. LANOYE, et A. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence : L'informatique (1976-1986)», *J.T.*, 1988, p. 99, n^o 16; P. et Y. POULLET, «Les contrats informatiques. Réflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française», *J.T.*, 1982, p. 18, n^o 29).

⁽²⁷⁾ La Cour précise que «le fournisseur promettait un service déterminé, aux contours précis, à savoir le remplacement de la version DOS du programme Gestomed par la version Windows avec conservation des données saisies sous l'ancienne version. Comme le fournisseur est un professionnel, il est censé connaître les caractéristiques du logiciel à installer, maîtriser les opérations techniques de l'installation et procéder en temps utile à la sauvegarde des données pour pouvoir reconstituer l'ancienne configuration en cas d'échec de l'installation. Même à supposer que l'installation faite dans des conditions normales était soumise à un quelconque aléa, celui-ci devait être prévu et maîtrisé. Le professionnel doit garantir l'efficacité technique de son intervention».

⁽²⁸⁾ Voy. X. THUNIS et E. MONTERO, «La vente», *op. cit.*, pp. 29 et s., n^{os} 520 et s.; C. JASSOGNE, «La garantie découlant de la vente : principes et clauses particulières», *Ann. dr. Lg.*, 1988, pp. 441 et s.; V. PIRSON, «Les sanctions de l'obligation de garantie des vices cachés en matière de vente», *R.G.D.C.*, 2001, p. 418 et les réf. citées.; Y. MERCHERS, «La vente», *op. cit.*, pp. 29 et s., n^{os} 49 et s.

⁽²⁹⁾ Sur l'application de la garantie des vices cachés en matière informatique, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 14 et s. Voy. aussi la jurisprudence citée dans les différentes chroniques : J.-P. BUYLE, L. LANOYE, et A. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence : L'informatique (1976-1986)», *J.T.*, 1988, p. 99, n^o 21; J.-P. BUYLE, L. LANOYE, Y. POULLET et V. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence : L'informatique (1987-1994)», *J.T.*, 1996, p. 209, n^o 18; C. STEYAERT, «Droit des obligations – Contrats», *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, coll. «Les dossiers du J.T.», n^o 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 29 et s. En France, même si la jurisprudence semble avoir admis le recours à la garantie des vices cachés, l'analyse est contestée par certains auteurs (A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *op. cit.*, pp. 504-505, n^o 759). Voy. aussi *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, pp. 660 et s., n^{os} 1083 et s.

⁽³⁰⁾ P.-A. FORIERS, «Conformité et garantie dans la vente», *op. cit.*, pp. 31 et s. Cette théorie fut consacrée par la Cour de cassation : Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 258, *R.C.J.B.*, 1973, p. 609, note Ph. GÉRARD; Cass., 17 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1128; Cass., 19 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1295.

⁽³¹⁾ Sur les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente, voy. not. V. PIRSON, *op. cit.*, pp. 416 et s.; X. THUNIS et E. MONTERO, «La vente», *op. cit.*, pp. 32 et s. n^{os} 580 et s.

outre le remboursement du prix et les frais de la vente, des dommages et intérêts complémentaires (art. 1645, C. civ.). Le vendeur professionnel est soumis au même régime que le vendeur de mauvaise foi dans la mesure où il est tenu de contrôler les marchandises vendues pour vérifier qu'elles soient exemptes de vices⁽³²⁾. Il est donc présumé connaître le vice et ne peut s'exonérer qu'en apportant la preuve de son ignorance invincible du vice ou en démontrant son caractère absolument indécelable.

3. Articulation du régime de la délivrance conforme avec la garantie des vices cachés

21. On observe une tendance à la confusion et au cumul des actions en délivrance et en garantie. Elle trouve essentiellement son origine dans la notion de vice. La question est importante dès lors que des différences existent entre les deux régimes⁽³³⁾. L'action en garantie ne peut être intentée qu'à bref délai (art. 1648, C. civ.) alors que l'action en résolution se prescrit par trente ans (art. 2262, C. civ.). Par ailleurs, si l'action en résolution pour non-conformité permet d'obtenir, outre les restitutions réciproques, la réparation de l'intégralité du préjudice (art. 1614 et 1184, C. civ.), l'action en garantie des vices cachés ne donne droit qu'à une restitution réciproque ou une

diminution du prix. Pour les dommages et intérêts, il faut en outre établir que le vendeur connaissait les vices (ce qui est présumé dans le chef des vendeurs professionnels).

22. Si l'acheteur constate un vice de conformité – qu'il soit fonctionnel ou non – apparent, il peut refuser de prendre livraison et d'agréer la chose. Il dispose alors d'un recours fondé sur le manquement du vendeur à son obligation de délivrance (sur ce point, voy. *supra*, n° 17). Pratiquement, il n'est pas nécessaire de faire appel à la garantie légale⁽³⁴⁾.

23. La situation est nettement plus problématique si le vice est caché – ce qui implique que l'acheteur ne peut le déceler lors de la livraison. Dans cette hypothèse, deux conceptions s'affrontent⁽³⁵⁾ selon que le vice est apprécié largement⁽³⁶⁾ (et s'étend, dès lors, aux vices fonctionnels) ou strictement⁽³⁷⁾ (et ne vise que les défauts structurels).

En définissant le vice de manière étroite, on exclut tout conflit entre l'action en conformité et l'action en garantie : ce dernier recours ne peut en effet être introduit que pour les défauts structurels, intrinsèques et l'agréation ne joue un rôle que dans ce cadre. Pour les défauts fonctionnels, l'acheteur peut fonder son action sur un manquement à l'obligation de délivrance conforme.

(32) Sur le régime applicable au vendeur professionnel, voy. P.-A. FORTIERS, «Conformité et garantie dans la vente», *op. cit.*, pp. 41 et s.; V. PIRSON, «Les sanctions de l'obligation de garantie des vices cachés en matière de vente», *R.G.D.C.*, 2001, pp. 426 et s. et les réf. citées.; X. THUNIS et E. MONTERO, «La vente», *op. cit.*, pp. 36 et s., n°s 630 et s.

(33) Pour une comparaison entre les actions, voy. E. MONTERO, «Conformité et garantie contre les vices cachés dans la vente de produits informatiques», note sous Liège, 8 mai 1992, *Rev. rég. dr.*, 1994, pp. 191-192; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, «La vente : Erreur, non-conformité et vices cachés», *R.G.D.C.*, 1993, pp. 197-198; H. DE PAGE, *op. cit.*, 1997, pp. 272-273, n° 195; C. STEYAERT, «Droit des obligations – Contrats», *op. cit.*, pp. 31-32, n° 20.

(34) Formellement pourtant, H. De Page estime que l'acheteur devrait se fonder sur la violation de l'obligation de délivrance dans la mesure où «la chose livrée est bien la chose vendue mais dans un état impropre à l'usage. Mais, par le fait que la contestation surgira au moment de la délivrance, on sera souvent tenté d'assimiler cette situation à un manquement à l'obligation de délivrance». Il admet donc qu'en cas «de vice apparent, le recours de l'acheteur se rattache, en pratique, beaucoup plus directement à la délivrance qu'à la garantie des vices, et qu'en fin de compte, celle-ci ne joue réellement qu'en cas de vices cachés» (H. DE PAGE, *op. cit.*, 1997, p. 183, n° 114 et pp. 266-267, n° 189).

(35) Pour un exposé des thèses en présence, voy. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, «La vente : Erreur, non-conformité et vices cachés», *op. cit.*, pp. 204 et s. et les nombreuses réf. citées; J.-P. BUYLE, L. LANOYE, Y. POULLET et V. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence : L'informatique (1987-1994)», *J.T.*, 1996, pp. 211-212, n° 22; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 18 et s. En France, voy. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. GHESTIN), Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 199 et s.

(36) En faveur de cette thèse, Ph. GÉRARD, «Vice de la chose et vente commerciale», note sous Cass., 18 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1973, p. 612; C. JASSOGNE, «La garantie découlant de la vente : principes et clauses particulières», *Ann. dr. Lg.*, 1988, p. 439.

(37) En faveur de cette thèse, voy. L. SIMONT, «La notion fonctionnelle de vice caché : un faux problème?», *Homage à R. Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 332 et s.; P.-A. FORTIERS, «Conformité et garantie dans la vente», pp. 34-35.

Par contre, en considérant que les vices fonctionnels peuvent faire l'objet de recours en vertu de l'action en garantie ou sur la base d'un manquement à l'obligation de délivrance, les actions risquent de se chevaucher et c'est le critère chronologique de l'agrégation qui permettra de distinguer chaque action.

Dès lors que la Cour de cassation a explicitement admis que la garantie légale s'applique également aux vices fonctionnels, la prudence consiste à préférer cette voie et à se fonder sur un critère strictement temporel pour distinguer les actions.

24. La transposition de la directive 1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁽³⁸⁾, même si elle ne s'applique pas spécifiquement à l'objet qui nous occupe (la fourniture de logiciels), pourrait être l'occasion de réformer le droit de la vente et de fusionner les obligations de délivrance et de garantie des vices cachés. Reste à voir si le législateur belge saisira cette opportunité⁽³⁹⁾.

B. Faute du sous-traitant dans la délivrance ou vice du logiciel?

25. Dès lors que, dans le cas d'espèce, le tribunal d'arrondissement a fondé sa condamnation sur une violation de la garantie des vices cachés, au contraire de la Cour d'appel qui s'est basée sur un manquement à l'obligation de délivrance, on aurait pu croire en une illustration de cette confusion entre l'action en garantie et l'action en conformité.

En réalité, l'analyse rigoureuse du problème soumis à la Cour d'appel conduit à penser que, dans tous les cas, l'obligation de délivrance était en cause.

26. De manière générale, on peut identifier trois explications majeures – non exclusives l'une de l'autre – pour justifier l'effacement des données : (1) la perte des données est due à un défaut du logiciel; (2) elle est la conséquence d'une cause étrangère libératoire (un vice antérieur à l'installation et affectant les fichiers effacés ou une faute de la victime); (3) elle relève d'une erreur humaine du sous-traitant lors de l'opération. Examinons-les tour à tour pour déterminer sur quelle base légale, tirée du droit de la vente, l'effacement des données pourrait être sanctionné.

27. Si l'effacement des données est dû à un vice du nouveau logiciel, on peut vraisemblablement parler de vice intrinsèque. La préservation des données va de soi et ne doit en principe pas faire l'objet de spécifications particulières des parties. On exclut ainsi le vice fonctionnel et les controverses doctrinales décrites précédemment, qui auraient pu expliquer le changement d'attitude de la Cour d'appel par rapport au tribunal d'arrondissement.

Dans l'affaire soumise à la Cour d'appel, la thèse du vice du logiciel est loin d'être démontrée : en se basant essentiellement sur les déclarations du sous-traitant (un informaticien), l'expert relève deux défauts majeurs au logiciel⁽⁴⁰⁾, qui ne permettent toutefois pas

⁽³⁸⁾ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12.

⁽³⁹⁾ Dans la directive, la notion de conformité concerne l'obligation de délivrance du vendeur et son obligation de garantie des vices cachés. C'est le régime moniste, déjà présent dans la Convention de Vienne sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Dans le projet de loi belge, le système dualiste est abandonné pour certaines ventes au consommateur et conservé pour d'autres : « Les ventes entre professionnels ou entre consommateurs, de même que les ventes par un consommateur et toutes les ventes de biens qui ne sont pas des "biens de consommation" (en particulier, les immeubles et les biens incorporels) resteraient soumises au régime dualiste actuel » (A. PUTTEMANS, « La vente au consommateur », in B. TILLEMANS et P.-A. FORIERS, *La vente*, Bruges, La Charte, 2002, pp. 258-259).

⁽⁴⁰⁾ « 1) Comme tout programme, Gestomed suppose l'existence d'une banque de données ordonnée en fonction des besoins de l'application. Les données contenues dans les différents fichiers sont liées entre elles, de sorte qu'une modification apportée à une donnée se répercute sur les données auxquelles elle est liée. Or, comme certains fichiers défectueux n'ont pas pu être reconstitués dans la nouvelle version, certaines données manquent ou ne sont plus synchronisées, ce qui peut engendrer des erreurs. Or ces dysfonctionnements ne prouvent pas un défaut du logiciel lui-même. En effet, les intimés n'ont pas reconstitué les bases de données dans le programme Gestomed, mais dans un autre programme qu'ils ont acquis pour remplacer le susdit logiciel.

2) Tout logiciel et notamment ceux nouvellement créés contiennent des erreurs (bogues) qui sont éliminées dans les versions suivantes. Ces imperfections mineures ne constituent pas des vices au sens de l'article 1641 du Code civil, du moins lorsqu'elles restent dans des bornes raisonnables. En l'espèce, il n'est pas prouvé que ces dysfonctionnements auraient été graves au point de rendre le logiciel impropre à son usage ou qu'elles n'auraient pas pu être éliminées dans des versions futures. »

d'établir que celui-ci serait affecté d'un vice au sens de l'article 1641 du Code civil, à l'origine de l'effacement des données. En effet, le remplacement du logiciel eut lieu au mois de juin 1999. À la fin de la même année, le cabinet médical cessa de l'utiliser et le remplaça par un autre. Lorsque l'expert fut nommé, en juillet 2000, il pouvait difficilement constater les défauts affectant le logiciel ⁽⁴¹⁾.

Quoi qu'il en soit, il faut encore démontrer que les autres conditions de fond de l'action en garantie des vices cachés sont remplies. Dans la mesure où les juridictions admettent un certain taux d'indisponibilité et de non-fonctionnement des systèmes informatiques, le client pourra éprouver des difficultés à prouver la gravité du vice ⁽⁴²⁾. En l'espèce toutefois, la suppression de certains fichiers devrait permettre d'établir que le vice constitue un obstacle suffisamment sérieux à la bonne utilisation du logiciel. Par ailleurs, si l'acheteur constate la suppression des fichiers, on peut difficilement plaider que le vice est caché et inconnu de l'acheteur. Quoi qu'il en soit, dans cette hypothèse, il se gardera d'agréer le logiciel fourni. L'obligation de délivrance demeurera donc inexécutée, ce qui justifiera un recours sur cette base.

On le voit, les conditions de l'action en garantie sont loin d'être remplies. On comprend donc mal pourquoi les plaideurs s'y sont référés, d'autant plus que le régime est nettement moins favorable au client que celui de l'obligation de délivrance conforme (délais de prescription et recours offerts, notamment; sur ce point, voy. *supra*, n° 21).

28. Compte tenu de l'expertise et des éléments dont elle dispose, la Cour d'appel envisage la seconde thèse : il semble, en effet, que la récupération partielle des données anciennes s'explique par le caractère défectueux de certains des fichiers existants. Pour la Cour, il «était prévisible que le programme ne pourrait reconstituer dans la nouvelle version les bases de données affectées. Au vu de l'endommagement de deux des fichiers, le chargement

du nouveau programme aurait dû être subordonné à leur réparation. La cause de cet endommagement n'a pu être détectée. Selon l'expert, la cause pourrait être recherchée dans la mémoire insuffisante du système fourni par H.». L'endommagement des fichiers aurait pu constituer une cause étrangère libératoire – un cas de force majeure – permettant de justifier un renversement de la présomption de faute (obligation de résultat) à charge du fournisseur. Toutefois, il est admis que l'événement constitutif de force majeure doit être inévitable et imprévisible. Or, comme l'a affirmé la Cour, le sous-traitant était au courant de la défectuosité des fichiers et pouvait donc prévoir que les données ne pourraient être récupérées dans la nouvelle version.

Le fournisseur invoquait également la faute du client, ce qui justifierait un partage des responsabilités : selon lui, les médecins-dentistes «auraient dû s'apercevoir que des copies de sécurité n'étaient plus créées et réagir en temps utile». La Cour d'appel écarte toutefois cet argument, estimant que même dans cette hypothèse, il incombait en réalité au sous-traitant de s'assurer de l'existence d'une copie de sauvegarde et de la réaliser si nécessaire. En application de la théorie de l'équivalence des conditions ⁽⁴³⁾, on aurait toutefois pu estimer que cette absence de copie de sécurité – pour autant qu'elle soit imputable au client – était la condition nécessaire du dommage, au même titre que l'omission du sous-traitant. Si le client avait réagi dès le mois de mars 1999 pour faire en sorte que le système continue à réaliser automatiquement des copies de sauvegarde, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto*.

29. Enfin, l'effacement des données pourrait trouver sa cause dans une faute du sous-traitant lors du processus de récupération des données. Telle est la thèse adoptée par la Cour d'appel. Selon elle, «cette inexécution partielle a trait à l'obligation de délivrance et non à l'obligation de garantie des vices cachés». Cette inexécution réside dans l'ab-

⁽⁴¹⁾ Voy. aussi l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 1989 (*D.I.T.*, 1990/2, p. 51, note P. GAUDRAT), où la cour se prononce sur une perte de données à l'occasion d'une opération de maintenance. L'intervention de l'expert était là aussi tardive, ce qui rendait impossible l'établissement d'une faute. Celui qui assume le risque de la preuve doit donc en assumer les conséquences.

⁽⁴²⁾ D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 15.

⁽⁴³⁾ En l'espèce, il semble plutôt que la Cour fasse application de la théorie de la causalité adéquate.

sence de sauvegarde des données par le sous-traitant chargé de l'installation et de la récupération. Une procédure de sauvegarde aurait en effet permis de récupérer les données perdues lors de l'installation. Par ailleurs, la Cour estime que « les éléments acquis en cause ne permettent pas de retenir la responsabilité du fournisseur sur le fondement des articles 1641 et suivants du Code civil ».

30. Bref, le cabinet médical pouvait uniquement se plaindre d'un manquement à l'obligation de délivrance conforme. Or, on considère généralement qu'il s'agit d'une obligation de résultat. La charge de la preuve reposait donc sur le fournisseur⁽⁴⁴⁾ : pour se libérer, il devait en principe démontrer une cause étrangère exonératoire ou la faute de la victime, *quod non*. C'est sur lui que reposait le risque de la preuve.

En l'espèce, c'est l'attitude du sous-traitant qui est mise en cause : il a en effet omis de procéder à la sauvegarde des fichiers défectueux dès lors qu'il aurait dû savoir qu'une perte des données était prévisible. La responsabilité du fournisseur peut donc être engagée sur ce point dans la mesure où il ne peut s'exonérer de sa responsabilité pour le fait des personnes qu'il se substitue (sur ce point, voy. *supra*, n° 10).

Conclusion

31. Cet arrêt aborde un certain nombre de questions, en matière de contrats informatiques, et donne des solutions relativement satisfaisantes, que ce soit en qualifiant les rapports juridiques liant les parties ou en préférant l'obligation de délivrance conforme pour sanctionner la suppression des fichiers. On aurait toutefois pu espérer de plus amples développements concernant la mise en cause de la responsabilité du sous-traitant sur la base de l'article 1382 du Code civil.

32. Le tribunal d'arrondissement avait déclaré la vente résolue⁽⁴⁵⁾ et accordé des dommages et intérêts censés couvrir la reconstitution et la mise à jour des fichiers, de même que la perturbation causée par le dysfonctionnement de l'outil informatique. L'inexécution partielle de l'obligation de délivrance aurait également pu conduire à la résolution de la vente. La Cour d'appel a toutefois estimé que l'allocation de dommages et intérêts, sans résolution de la vente, était suffisante, essentiellement pour ne pas priver le fournisseur du paiement du prix⁽⁴⁶⁾. Elle opère donc une compensation entre le montant des dommages et intérêts et le paiement de la prestation du fournisseur et condamne ce dernier au paiement de la différence.

Hervé JACQUEMIN⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁴⁾ Voy. néanmoins Paris, 17 février 1989, *D.I.T.*, 1990/2, p. 51, note P. GAUDRAT, où la cour d'appel de Paris réforme la décision du tribunal de commerce en considérant que l'obligation du mainteneur est de moyens, et que la charge de la preuve d'une faute incombe au client. En l'espèce, le fournisseur de maintenance était chargé d'installer la nouvelle version d'un logiciel et à cette occasion de nombreuses données ont été détruites. Aucune défaillance ne peut être attribuée à l'agent de maintenance; c'est donc au client qu'il incombe de supporter le risque de la preuve. *Contra*, Cass. fr., 22 octobre 1991, *D.I.T.*, 1990/2, p. 28 où la Cour considère que c'est au fournisseur qu'incombe la charge de la preuve de l'exécution correcte de ses obligations au titre de la maintenance préventive d'un matériel.

⁽⁴⁵⁾ Il faut préciser que si l'action réhabilitaire s'apparente à une action en résolution fondée sur l'article 1184 du Code civil, elle s'en différencie sous certains aspects, notamment en ce qui concerne l'allocation de dommages et intérêts complémentaires et lorsque la chose est grevée de droits réels (V. PIRSON, *op. cit.*, p. 419).

⁽⁴⁶⁾ Le juge est en effet souverain pour apprécier si le manquement est suffisamment grave pour justifier la résolution (X. THUNIS et E. MONTERO, « La vente », *op. cit.*, p. 26, n° 440).

⁽⁴⁷⁾ Aspirant du F.N.R.S., Centre de recherches informatique et droit, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix.